

AUDITORIA GENERAL DE LA REPUBLICA
Al contestar cita N.U.R. **213-3-2007**, 13/07/2007 09:41 a.m.
Trámite: 445 - CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
F-3496 Actividad: 01 INICIO, Folios: 1, Anexos: 140
Origen: 213 GERENCIA SECCIONAL I (MEDELLIN)
Destino: 110 OFICINA JURIDICA
Copia A: 210 AUDITORIA DELEGADA PARA LA VIGILANCIA DE LA G



MEMORANDO INTERNO

A.G.R. GERENCIA SECCIONAL I -13634
Gerencia Seccional I /2007 14:45 AL CONTESTAR CITE: **213-3-2681**
Trámite: 445 - CORRESPONDENCIA INFORMATIVA
Actividad: 01 INICIO Anexos:
Origen: 213 GERENCIA SECCIONAL I (MEDELLIN)
Destino: 110 OFICINA JURIDICA
Con Copia: 210 AUDITORIA DELEGADA

PARA: Doctor, **CIRO ALBERTO VALDERRAMA MANTILLA** ✓
Director Oficina Jurídica.

DE: **NORA HELENA CORREA LONDOÑO.**
Gerente Seccional I.

ASUNTO: Contratación estatal

Cordial saludo,

Debido a que se acercan las elecciones regionales y locales, las cuales se harán el próximo 28 de octubre del presente año, las Contralorías a nuestro cargo han realizado diversas consultas en relación a las directrices impartidas en torno a la contratación estatal y a raíz de la Directiva Unificada No. 005 de mayo de 2007 proferida por la Procuraduría General de la Nación en la que señala algunas limitaciones para la contratación estatal.

Solicitamos respetuosamente sea impartida una directriz entorno al tema y si la Directiva Unificada No. 005 se tendrá en cuenta para las siguientes auditorias.

A espera de instrucciones para dicha actuación.

Atentamente,


NORA HELENA CORREA LONDOÑO.
Gerente Seccional I.

YVA-10-07-07

C.C.: Felix Barajas Blanco, Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal.

50000 -> 1100, 1100

Peca
Deabi
Reyfe
13-07-07
D.E.A. KATHERINA
16-07-07 X



MEMORANDO INTERNO

OF Jur 140.053.2007

Devolver Copia Firmada
SERVICIO CORRA

Bogotá D. C.,
03110-

PARA: NOHORA HELENA CORREA LONDOÑO
Gerente Seccional I

DE: CARMEN ELENA LENIS GARCIA
Directora Oficina Jurídica

REFERENCIA: Solicitud concepto jurídico -Limitaciones a la
contratación estatal con ocasión de los comicios de 28
de octubre de 2007
NUR 213-3-2907

Respetada Doctora:

Esta oficina recibió su solicitud para impartir una orientación entorno al tema de la contratación estatal debido a que se acercan las elecciones regionales y locales las cuales se realizarán el próximo de 28 de octubre del presente año. Esto teniendo en cuenta que la Procuraduría General de la Nación expidió la Directiva Unificada N° 005 de mayo de 2007 la que señala algunas limitaciones para la contratación estatal. Igualmente se consulta si se debe seguir dicha directriz para las siguientes auditorias que se hagan a las Contralorías a su cargo.

En primer lugar se analiza cual es la normatividad que está vigente para los comicios electorales del 28 de octubre de 2007.

Respecto del tema el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto 1720 de 2006 precisó:

La Ley 996 de 2005 que consagra un régimen especial de garantías para la defensa de principios y derechos fundamentales para la transparencia de procesos Electorales, es de naturaleza estatutaria; y por tanto las restricciones y prohibiciones en ella contenidas, para los entes, organismos, servidores públicos y particulares allí mencionados,

23/08/07
9:55
2

en los momentos cronológicos señalados en la misma. Se aplican de preferencia y suspenden temporalmente las regulaciones que sobre los mismos temas o materias afines contienen otras disposiciones de carácter legal o reglamentario. (...)

Así mismo, el artículo 38 de la Ley en cita, después de consagrar en su inciso primero una serie de prohibiciones para todos los servidores públicos, de manera específica previó en su parágrafo lo siguiente:

"Artículo 38. PROHIBICIÓN PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco las que participe como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrán modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera Administrativa" (Negrilla de la Sala).

En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 lleva a concluir que dicha norma contiene restricciones y prohibiciones para período preelectoral diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la Ley incluido el de Presidente de la República; de manera que dichas restricciones no

se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en período preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el párrafo del artículo 38.

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la Ley 996 de 2005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el período que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 ibídem, abarca un período preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se refiere a dos postulados de conducta diferente, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y demás no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la Ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32." (sic)

Según lo señalado en el concepto antes mencionado, el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005, es aplicable en las elecciones de Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales y Juntas Administradores Locales, que se llevarán a cabo el día 28 de octubre de 2007. Este hace referencia a un período preelectoral más genérico y de esta manera expresa unas prohibiciones a las autoridades territoriales desde los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular.

Así mismo, el Plan Nacional de Garantías Electorales del Ministerio del Interior y de Justicia expedido en virtud de la función otorgada al Ministro del Interior y de Justicia por el numeral 8° del artículo 2° del decreto 200 de 2003, que lo faculta para "Coordinar y garantizar el normal desarrollo de los procesos electorales", al señalar las pautas o directrices tendientes a lograr que los comicios electorales se adelanten dentro de un clima de total normalidad, indica:

"De conformidad con lo señalado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, mediante Concepto 1720 del 17 de febrero de 2006³, la Ley 996 del 24 de noviembre de 2005⁴, también se aplicará para los comicios regionales del próximo 28 de octubre, en lo atinente a las prohibiciones establecidas en el artículo 38, las cuales serán transcritas a continuación destacando además los aspectos más relevantes de dicha norma:

"Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A los empleados del Estado les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.
3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.
4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.
5. Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera. La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa."

El Plan Nacional de Garantías Electorales menciona la normatividad a tener en cuenta en las próximas elecciones, extendiendo la aplicación de todo el

contenido del artículo 38 de la ley de 996 de 2005 y no solamente el párrafo del mismo, como lo había señalado la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

De otra parte el Procurador General de la Nación el 14 de mayo de 2007, en directiva unificada señaló que se debían atender las prohibiciones contenidas en la Ley 996 de 2005 y la sentencia de constitucionalidad C-1153,¹ en materia de contratación estatal, con el fin de prevenir conductas relativas a indebida destinación de recursos públicos durante el proceso electoral.

"DIRECTIVA UNIFICADA No. 005

Mayo de 2007

Contentiva de instrucciones para los servidores públicos en materia de Contratación Estatal en relación con la jornada electoral del 28 de octubre de 2007 el Procurador General de la Nación les solicita a los servidores públicos:

1) Atender las prohibiciones que por virtud de la ley 996 de 2005 y la sentencia de Constitucionalidad C-1153 de 2005 aplican, en materia de contratación estatal, utilización de muebles e inmuebles, inauguración de obras públicas y modificación de la nómina:

a. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista." (...)

La Procuraduría General de la Nación al establecer instrucciones sobre las limitaciones a tener en cuenta en las elecciones transcribe las prohibiciones contenidas en el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005. En un segundo punto resalta el cumplimiento por parte de todas las entidades de la normatividad sobre contratación estatal, debiendo realizar los procesos de contratación de acuerdo a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

De conformidad con lo anterior, se colige que para las elecciones del 28 de octubre del presente año cobra vigencia el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

¹SENTENCIA C-1153/05 Ref: Expediente PE-024Control constitucional al Proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones".

Ahora bien en cuanto al interrogante cuáles serían las limitaciones aplicables a la contratación en las contralorías, se precisa lo siguiente:

Es necesario mencionar que la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales, adscrita directamente al Despacho del Procurador General de la Nación, es la responsable de la coordinación y aplicación de la Directiva Unificada N°005 de 2007, contentiva de instrucciones para los servidores públicos en materia de contratación estatal a propósito de la jornada electoral del 28 de octubre de 2007.

En concepto N° 166661 de fecha 13 de agosto de 2007, la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado (E) Vicepresidenta Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales, ante la pregunta sobre la viabilidad de que las contralorías departamentales y municipales pudieran suscribir un convenio interadministrativo, señaló:

"Las prohibiciones, como restricción al ejercicio de derechos o de competencias señaladas en la Ley, responden al principio de taxatividad, por manera que solo operan las señaladas de manera precisa en la ley; además, su interpretación se debe hacer teniendo en consideración la regla de hermenéutica señalada en el artículo 31 del Código Civil, cuyo sentido y alcance fijó la sentencia de la H. Corte Suprema que enseña lo siguiente:

"En la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición" (Cas., 14 de diciembre 1998, xiv,92).

Por lo anteriormente señalado, el Despacho del señor Procurador General de la Nación, luego de minuciosa revisión de las disposiciones relativas a asuntos electorales, emitió las Directivas Unificadas N°. 2 y 5 de 2007 en las que relaciona la normatividad que considera vigente y aplicable al proceso electoral 2007, reseña de la que se excluyó aquellas disposiciones de la Ley de Garantías Electorales, 996 de 2005, que de manera expresa se refieren a comicios presidenciales y de las que por su contexto solo resultarían aplicables a esa clase de contiendas. En consecuencia, de conformidad con la directiva N°. 02 de 2007, de la Ley 996 de 2005, son las disposiciones allí transcritas las aplicables al proceso electoral que se desarrolla durante el presente año para elegir gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles en el territorio colombiano.

(...)respecto de los trámites contractuales en los que se encuentre involucrada una entidad estatal, si bien la entidad no encontró disposición alguna que expresamente prohíba su trámite o celebración, en ejercicio de la función preventiva asignada al Ministerio Público, a través de la Directiva N°. 005 de 2007, el Procurador General de la Nación recordó a todos los servidores públicos que en toda época y condición deberán tener en cuenta la totalidad del ordenamiento que regula la materia, esto es, la Carta Política, el Estatuto Contractual y sus decretos reglamentarios, so pena de incurrir en conductas relevantes penal, fiscal y disciplinaria, aspecto este último que dentro de su marco de competencias

verificará este Órgano de Control a través de sus agentes en todo el territorio nacional."

Como ya se menciona por todo lo anterior se considera que las prohibiciones a la contratación estatal para las elecciones del 28 de octubre de 2007, son las señaladas en el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005, ley cuya clasificación es de tipo prohibitivo de aquellas que mandan no hacer algo, prohíben o impiden determinada conducta, que por tanto no es posible extender por analogía a casos no señalados en ella.

El artículo 38 en los numerales 1 al 5 establece una serie de prohibiciones para todos los funcionarios públicos del Estado mientras que el parágrafo del mismo artículo hace relación específica a autoridades de orden territorial y menciona como sujetos pasivos de dichas prohibiciones a los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital.

En consecuencia, si bien es cierto que no existe una norma expresa que limite la celebración de procesos contractuales a las contralorías, también lo es que todas las entidades del Estado están obligadas, a cumplir con la normatividad sobre contratación estatal, y realizar los procesos de contratación de acuerdo a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa como lo señala la Procuraduría General de la Nación en su Directiva Unificada N° 005 de 2007.

Finalmente recordarle que en caso de socializar fuera de la entidad lo aquí conceptuado, debe hacerse en los términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Cordialmente,


CARMEN ELENA LENIS GARCIA
Directora Oficina Jurídica

Elaboró: María Katherina Ramirez Navarrete, Abogada Oficina Jurídica
Fecha: 17/08/07

c.c. Dr. Felix Barajas Blanco
Auditor Delegado para la Vigilancia de la Gestión Fiscal.